

LAS BARRERAS A LA APLICACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL POR LAS JURISDICCIONES ESTATALES* **

ALFONSO IGLESIAS VELASCO***

Resumen: Cuando los tribunales domésticos se encuentran ante la cuestión de aplicar el Derecho internacional se pueden encontrar con diversos obstáculos al ejercicio de su jurisdicción. Este artículo se dedica a analizar los mismos, en concreto, la regla de la inmunidad del Estado extranjero y las doctrinas del *Acto de Estado* y de la *Cuestión Política*. Estas barreras tienen distinto origen, contenido y alcance, aunque todas ellas han sido extensamente tratadas por la jurisprudencia y la doctrina. Aquí se han tomado las jurisdicciones estadounidense y alemana como ejemplos paradigmáticos de Derecho comparado, para pasar luego a estudiar la respuesta judicial española, aunque no se olvida hacer las referencias necesarias a otras jurisprudencias nacionales, como la británica.

Palabras clave: Aplicación interna del Derecho Internacional, Inmunidad del Estado extranjero, Acto de Estado, Cuestión política.

Abstract: When domestic courts are faced with the question of applying international law they can find various obstacles to the exercise of their jurisdiction. This article is dedicated to analyze them, namely the rule of State immunity and the *Act of State* and *Political Question* doctrines. These barriers have different origins, contents and scopes, but all of them have been extensively treated by jurisprudence and doctrine. Hereby we have taken the U.S. and German jurisdictions as paradigmatic examples of comparative law to continue afterwards with the Spanish judicial response, but we do not forget to make the necessary references to other national jurisprudences, such as the British case law.

Keywords: Domestic Application of International Law, State Immunity, Act of State, Political Question.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN; II. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO; 1. Notas de Derecho comparado; 2. La situación en España; III. LAS DOCTRINAS DEL ACTO DE ESTADO Y DE LA CUESTIÓN POLÍTICA; 1. La teoría del Acto de Estado; 2. La doctrina de la Cuestión Política; IV. CONCLUSIONES.

* El autor de este artículo quiere dejar constancia de su admiración y cariño por el Profesor Juan Manuel Barquero Estevan y su familia.

** Fecha de recepción: 30 de agosto de 2013.

Fecha de aceptación: 7 de octubre de 2013.

*** Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad Autónoma de Madrid (UAM). Correo electrónico: Alfonso.iglesias@uam.es.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo va a estar dedicado al estudio de aquellos obstáculos de derecho positivo y jurisprudencial establecidos con el propósito de imposibilitar a los jueces y tribunales estatales la implementación de las normas jurídicas internacionales –o domésticas, pero con relevancia exterior–, y evitar así las reclamaciones judiciales basadas en Derecho internacional. De este modo, se dificulta en realidad la integración plena del ordenamiento internacional en los sistemas jurídicos nacionales. Por tanto, vamos a analizar tanto el escollo que supone la inmunidad del Estado extranjero, que posee un carácter tanto legislativo como judicial, como dos barreras doctrinales conocidas, las teorías de la “*Cuestión Política*” y del “*Acto de Estado*” (*Act of State*), construidas ambas por la jurisprudencia y que se han venido utilizando sobre todo por los órganos judiciales de los ordenamientos nacionales de *Common law*, y concretamente de Estados Unidos.

No obstante, han de subrayarse las diferencias entre la inmunidad del Estado extranjero y las doctrinas del “*Acto de Estado*” y de la “*Cuestión Política*”: en primer lugar, la inmunidad del Estado extranjero es ella misma una norma de Derecho internacional general aceptada y aplicada universalmente, a diferencia de las doctrinas luego indicadas. En segundo lugar, también difiere el momento de operación de tales escollos, pues la inmunidad del Estado extranjero funciona *ex ante* como una excepción procesal al ejercicio de jurisdicción del tribunal del Estado territorial (o tribunal del foro) –que por ello se ve abocado a reconocer su carencia de competencia para enjuiciar el caso ante él planteado–, mientras que por su parte las teorías del “*Acto de Estado*” y de la “*Cuestión Política*” no actúan en calidad de excepciones al ejercicio de jurisdicción sino que lo hacen posteriormente, cuando el tribunal ya está ejerciendo su competencia y conociendo el fondo del pleito. En tercer lugar, para que resulte aplicable la inmunidad del Estado extranjero, se requiere que él mismo haya sido demandado ante los tribunales del foro, mientras que la teoría del “*Acto de Estado*” no exige que el propio Estado extranjero sea parte en el proceso, sino que basta con cuestionar la validez de un acto interno suyo durante el procedimiento judicial¹.

Por otro lado, las teorías doctrinales de la “*Cuestión Política*” y del “*Acto de Estado*” pueden ser consideradas complementarias: así, la aplicación de la primera impide la revisión judicial de los actos de un Estado por sus propios tribunales domésticos, y la segunda sirve para evitar el control judicial interno del comportamiento de un Estado extranjero, pues impide a los jueces domésticos pronunciarse sobre la licitud internacional de actividades

¹ REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., DÍEZ-HOCHLEITNER, J., ORIHUELA CALATAYUD, E. y PÉREZ-PRAT DURBÁN, L., *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 1047. La inmunidad del Estado extranjero tampoco ha de ser confundida con las inmunidades diplomáticas y consulares, las inmunidades reconocidas a personas con un estatuto internacionalmente protegido, o las posibles inmunidades susceptibles de ser concedidas por medio de tratado a fuerzas armadas de otro Estado situadas en territorio nacional, que tienen una regulación distinta y específica en Derecho internacional. *Ibidem*, p. 1023; y por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional español (STC) 107/1992, de 1 de julio, en su fundamento jurídico 4º.

soberanas foráneas –ya se trate de legislación, reglamentación o actos administrativos– o, poder dejar de aplicarlas si vulneran el Derecho internacional.

Como resulta evidente, la aplicación de estas teorías conlleva un efecto altamente limitativo a la hora de incorporar el Derecho internacional en los sistemas jurídicos estatales, pues además pueden ser utilizadas tanto en relación con tratados internacionales como en supuestos de Derecho consuetudinario. Pasaremos ahora a desarrollar cada uno de estos puntos, adoptando para ello la doble perspectiva del Ordenamiento español y del Derecho comparado.

II. LA INMUNIDAD DEL ESTADO EXTRANJERO

Este principio de la inmunidad del Estado extranjero consiste en que los tribunales de un Estado han de abstenerse de ejercer jurisdicción, en ciertos casos, en procesos incoados contra otro Estado (inmunidad de jurisdicción) y, en una fase ulterior, han de evitar adoptar medidas de ejecución contra sus bienes (inmunidad de ejecución)². Esta regla está considerada como una norma consolidada de Derecho internacional consuetudinario³, y ha sido

² La inmunidad de ejecución, que supone impedir la ejecución de una eventual sentencia condenatoria (o de medidas provisionales de embargo durante el proceso judicial) contra bienes del Estado extranjero dedicados al servicio público, tiene en la práctica judicial un alcance mayor al de la inmunidad de jurisdicción. Véanse en este sentido los artículos 18-21 de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, la Ley estadounidense de Inmunidad del Estado Extranjero de 1976, en 28 U.S.C. § 1610-1611, la Ley británica de 1978 (art.13.4), y la sentencia de la Corte de Casación de Francia de 14 de marzo de 1984 en el caso *Société Eurodif (entreprise privée) c. République islamique d'Iran*. Así por ejemplo, la jurisprudencia estatal suele reconocer inmunidad de ejecución a las cuentas bancarias de Misiones diplomáticas y Oficinas consulares –véanse por ejemplo el ATS (Sala de lo Civil), de 13 de junio de 2005 [aunque en el sentido contrario véase la STSJ de Madrid 401/2011 (Sala de lo Social) de 8 de junio de 2011], la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 13 de diciembre de 1977 en el caso *Embajada de Filipinas*, BVerfGE, vol. 46, p. 342; y FERRER LLORET J., “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 25 y ss.

³ Las jurisdicciones nacionales ya aplicaban en el siglo XIX el principio de la inmunidad del Estado extranjero: así, por ejemplo, podemos señalar la conocida sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 24 de febrero de 1812 en el caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U.S. 116 (1812), en p.125. Entre la amplia literatura doctrinal española en esta materia pueden verse MEDINA ORTEGA, M., “La inmunidad del Estado extranjero”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 17, n. 2, 1964, pp. 241-263; ORTIZ ARCE, A., “Las inmunidades de jurisdicción y de ejecución del Estado extranjero en el contexto de economía de mercado. Especial referencia al Convenio del Consejo de Europa de 16 de mayo de 1972”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 6, n. 2, 1979, pp. 503-546; CHUECA SANCHO, A., “Inmunidad jurisdiccional del Estado extranjero: una aproximación a la práctica española”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, vol. 65, 1982, pp. 113-146; ídem y Díez-Hochleitner, J., “La admisión de la tesis restrictiva de las inmunidades del Estado extranjero en la reciente práctica española”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 40, n. 2, 1988, pp. 7-54; CRUZ R., “La ley sobre inmunidad del Estado soberano de 1976”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, vol. 7, 1984, pp. 105-129; SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990; SÁNCHEZ LEGIDO, A., “*Ius cogens*, inmunidad soberana y jurisdicción extraterritorial: el asunto Al-Adsani ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 53, 2001, pp. 313-330; ESPÓSITO MASSICCI, C.,

desarrollada a su vez por un considerable número de textos normativos, tanto nacionales como internacionales, si bien perdura cierta inseguridad sobre cual es su alcance exacto.

En este contexto, resulta de gran relevancia el proceso codificador universal desarrollado en el marco de la ONU y culminado en 2004 con la adopción de la Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, que, pese a no encontrarse aún en vigor como tal tratado, ha servido para clarificar el Derecho internacional consuetudinario vigente en este ámbito⁴.

Esta inmunidad, cuyo fundamento se encuentra en la soberanía estatal y el principio de no intervención, es aplicada por los tribunales del foro como una excepción procesal al ejercicio de su jurisdicción en casos en los cuales habrían de ser competentes *prima facie*, según las normas nacionales de competencia judicial. Ahora bien, la práctica de los Estados no ha fijado de modo uniforme el alcance de este principio⁵, lo que explica la disposición estatal e internacional a regularlo a través de textos normativos⁶, así como el esfuerzo internacional por codificarlo⁷.

Inmunidad del Estado y derechos humanos, Aranzadi, Cizur Menor, 2007; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 63-99; y FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de derechos humanos”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, n. 1, 2007, pp. 29-63.

⁴ Esta Convención fue aprobada por la resolución 59/38 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2004, culminando así el proceso codificador llevado a cabo por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) desde 1973. Sobre esta Convención pueden leerse HAFNER, G., “United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property (2004)”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008—, online edition, [www.mpepil.com], consultada el 12 de junio de 2013; HERZ, M., “La nueva Convención de Naciones Unidas sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados y sus bienes”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n°10, 2005; CARRERA HERNÁNDEZ, F. J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y sus bienes”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 58, n. 2, 2006, pp. 711-736; y FERRER LLORET, J., *cit.*, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 3-61.

⁵ En este marco, es debatido su alcance tanto material como subjetivo: en principio, la inmunidad alcanza a los actos realizados en nombre del Estado, pero en la práctica han surgido dificultades en relación con los actos de las subdivisiones políticas del Estado, territorios no autónomos, u organismos autónomos —por ejemplo la sentencia de un Tribunal de Distrito de Estados Unidos (S.D.N.Y., Distrito Sur de Nueva York) de 23 de enero de 1978 en el caso *Yessenin-Volpin v. Novosti Press Agency, TASS Agency and the Daily World*, 443 F. Supp. 849, reconocía inmunidad a dicha agencia de prensa soviética, porque ese Estado la había reconocido como órgano suyo—.

⁶ En el plano internacional ha de mencionarse el Convenio de Bruselas de 1926 sobre inmunidad de los buques de propiedad estatal y su Protocolo adicional de 1934, o el más reciente Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados, de 1972. Sobre este último véase O’KEEFE, R., “European Convention on State Immunity (1972)”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008—, online edition, [www.mpepil.com], consultada el 10 de junio de 2013.

⁷ La mencionada Convención de las Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes parte de un Proyecto de artículos de 1991, y asimismo pueden citarse el *Proyecto interamericano sobre la inmunidad de jurisdicción de los Estados*, aprobado en 1983 por el Comité Jurídico Interamericano, y los trabajos del Instituto de Derecho Internacional —véase su Resolución titulada *Contemporary Problems*

Con respecto a su alcance, tradicionalmente suelen explicarse dos teorías opuestas: por un lado, la doctrina de la inmunidad absoluta de jurisdicción, que fue dominante en el siglo XIX, mantiene que los tribunales del Estado territorial donde se incoa el procedimiento judicial (tribunales del foro) no pueden ejercer nunca jurisdicción en un proceso cuando la parte demandada es un Estado extranjero, salvo renuncia del mismo⁸. Por otro lado, la tesis restringida o relativa limita el principio de inmunidad, pues establece que dicho Estado extranjero sólo disfrutará de inmunidad de jurisdicción ante los tribunales del foro cuando ha efectuado actos de poder público o de soberanía (actos *iure imperii*), pero no si ha realizado actividades de carácter privado (actos *iure gestionis*). Desde esta perspectiva, el criterio empleado para distinguir si se concede o no inmunidad al Estado extranjero es la naturaleza del acto que ha realizado dicho Estado, de modo que disfrutará de inmunidad en sus actos de naturaleza pública –cuando el Estado actúa en la esfera del Derecho público, ejerciendo (o pudiendo ejercer) prerrogativas del poder público–, pero no en sus actos de naturaleza privada, cuando el Estado opera en el marco de una relación de Derecho privado pues, de hecho, ese tipo de actividades pueden ser efectuadas por particulares⁹. Por tanto, el fundamento de dicha tesis restringida de la inmunidad del Estado se encuentra en la necesidad de otorgar seguridad jurídica e igualdad de condiciones a todos los sujetos que operan en el marco del Derecho privado, sin discriminaciones ni tratos privilegiados arbitrarios.

En la práctica, la doctrina de la inmunidad limitada se ha ido imponiendo en los sistemas jurídicos nacionales y en el Derecho internacional, como puede verse en la Convención de las Naciones Unidas¹⁰.

Lógicamente, la inmunidad otorgada a los Estados extranjeros supone un obstáculo a la implementación efectiva de reclamaciones ante los tribunales domésticos, y en este sentido

Concerning the Immunity of States in Relation to Questions of Jurisdiction and Enforcement, adoptada el 2 de septiembre de 1991 en su Sesión de Basilea–.

⁸ Puede entenderse que el Estado renuncia a la inmunidad de jurisdicción (que no conlleva renunciar también a la inmunidad de ejecución) cuando consiente el ejercicio de jurisdicción por los tribunales del foro o cuando participa en las cuestiones de fondo de un proceso en el que es parte ante esos tribunales.

⁹ *Vid.* REMIRO BROTONS, A., RIQUELME CORTADO, R., ORIHUELA CALATAYUD, E., Díez-Hochleitner, J. y Pérez-Prat Durban, L., *Derecho Internacional: Curso General*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 569; y en general SORIA JIMÉNEZ, A., *La excepción por actividades comerciales a las inmunidades estatales*, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995.

¹⁰ Véase en este sentido la Parte III –artículos 10 a 17– de la mencionada Convención de Naciones Unidas sobre las inmunidades jurisdiccionales de los Estados y de sus bienes, relativa a los procesos en que la inmunidad del Estado no se puede hacer valer: las transacciones mercantiles; los contratos de trabajo; las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes; propiedad, posesión y uso de bienes; propiedad intelectual e industrial; participación en sociedades u otras colectividades; buques de propiedad de un Estado o explotados por un Estado para fines distintos al servicio público no comercial; y los efectos de un convenio arbitral sobre todo litigio relativo a una transacción mercantil.

se ha propuesto excluir esa inmunidad jurisdiccional cuando una institución internacional ya haya realizado una determinación autoritativa sobre el fondo del litigio¹¹.

Asimismo, se viene asentando en los últimos años una sólida trayectoria doctrinal para incluir como excepción adicional a la inmunidad del Estado la violación grave de normas de *ius cogens*, para de esta manera prevenir que empleados estatales puedan participar en vulneraciones graves de derechos humanos o normas humanitarias¹². Sin embargo, no puede afirmarse de modo absoluto a día de hoy que una norma de Derecho internacional general ampare la exclusión de la inmunidad del Estado extranjero ante una demanda (de responsabilidad civil) motivada por una violación grave de derechos humanos o un crimen internacional, como puede comprobarse en la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el asunto *Al-Adsani*, que consideró como no absoluto el derecho de acceso a los tribunales –recogido en el artículo 6 de la Convención de Roma–, sino que podía verse limitado por la aplicación de normas del Derecho internacional público generalmente reconocidas, como la inmunidad del Estado¹³.

¹¹ SCHREUER, Ch., *Decisions of International Institutions before Domestic Courts*, Oceana, Londres, 1981, pp. 271-272.

¹² Véanse por ejemplo la Resolución del Instituto de Derecho Internacional sobre *Competencia universal en materia penal con respecto al crimen de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra*, de 26 de agosto de 2005; la Resolución 60/147 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 2005, en cuyo anexo se recogen los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”; y EBOE-OSUJI, Ch., “State Immunity, State Atrocities, and Civil Justice in the Modern Era of International Law”, *Canadian Yearbook of International Law*, vol. 45, n. 1, 2007, pp. 223-270.

¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2001 en el caso *Al-Adsani c. Reino Unido*, párrafos 53, 56 y 61. También la Corte Internacional de Justicia ha salvaguardado recientemente la inmunidad del Estado alemán en su sentencia de 3 de febrero de 2012 en el caso de las *Inmunidades jurisdiccionales del Estado* (Alemania c. Italia), que recoge diversa práctica judicial estatal para subrayar la importancia de la inmunidad de jurisdicción en el Derecho internacional consuetudinario (*ICJ Reports* 2012, p.1, en párrafo 85). *Vid.* asimismo la Resolución del Instituto de Derecho Internacional adoptada en 2009, *L’immunité de juridiction de l’Etat et de ses agents en cas de crimes internationaux* (artículo IV); REMIRO BROTONS, A. y otros, *op.cit.*, 2010, pp. 836-837; FERRER LLORET, J., *cit.*, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, n. 1, 2007, pp. 40 y ss.; SÁNCHEZ LEGIDO, A., *cit.*, 2001, pp.313-330; CARNERERO CASTILLA, R., “Los tribunales internos y la violación de las normas internacionales imperativas por los Estados. La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 21 de noviembre de 2001, en el asunto ‘Al-Adsani c. Reino Unido’”, en SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., QUEL LÓPEZ, F. J. y LÓPEZ MARTÍN, A. G. (Coords.), *El poder de los jueces y el estado actual del Derecho Internacional. Análisis crítico de la jurisprudencia internacional (2000-2007)*, Universidad del País Vasco, Bilbao, 2010, pp. 109-124; y KLEIN, E., “Al-Adsani Case”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008–, online edition, [www.mpepil.com]. La Convención de 2004 recoge en su artículo 12 las acciones de indemnización por lesiones a las personas y daños a los bienes como excepción a la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero, pero con un alcance limitado, restringido a lesiones y daños cometidos “total o parcialmente” en el territorio del Estado del foro –y en la práctica causados en accidentes en medios de transporte–, y “atribuibles” al Estado extranjero; además, según la propia CDI, esa excepción a la inmunidad de jurisdicción no se aplica a las situaciones provocadas por un conflicto armado. *Anuario Comisión de Derecho Internacional*, 1991, vol. II (segunda parte), p. 49. *Cfr.* ESPÓSITO MASSICCI, C., *cit.*

Veamos cómo ha funcionado este obstáculo a la actividad jurisdiccional interna en distintos Estados, entre ellos España.

1. Notas de Derecho Comparado

Para analizar la inmunidad en este apartado, hemos elegido los sistemas jurídicos nacionales de Estados Unidos y de Alemania por considerarlos representativos, respectivamente, del sistema anglosajón de *Common Law* y del orden continental europeo de Derecho Civil.

A) En Estados Unidos, la práctica judicial hasta el siglo XX había aplicado la doctrina absoluta de la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero. De hecho, la literatura estadounidense suele remontarse, como formulación clásica de esta tesis absoluta, a la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 1812 en el caso *The Schooner Exchange v. McFaddon*¹⁴.

En efecto, durante mucho tiempo los órganos judiciales estadounidenses otorgaron a los Estados extranjeros inmunidad sin excepciones, de conformidad con el precedente jurisprudencial citado¹⁵, al entender que la misma devenía condición imprescindible para el mantenimiento de relaciones amistosas con otros países.

Sin embargo, el incremento del tráfico comercial permitió comprobar que realmente el Derecho internacional no imponía la inmunidad de los Estados cuando realizaban acti-

2007, pp. 110-135; REINISCH, A., “European Court Practice Concerning State Immunity from Enforcement Measures”, *European Journal of International Law*, vol.17, n. 4, 2006, pp. 803-836; y FERRER LLORET, J., *cit.*, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, pp. 30-35, quien cita al respecto jurisprudencia francesa –sentencias de la Corte de Apelación de París de 9 de septiembre de 2002 y de la Corte de Casación de 16 de diciembre de 2003 en el caso *Bucheron c. République fédérale d’Allemagne*; o sentencia de la Corte de Casación de 2 de junio de 2004 en el caso *Giménez Expósito c. République fédérale d’Allemagne et société BMW Munich*– y canadiense –sentencia del Tribunal de Apelación de Ontario de 30 de junio de 2004 en el caso *Bouzari v. Iran*– para demostrar la práctica judicial nacional de reconocer la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero frente a demandas de particulares por violaciones de derechos humanos –incluso en casos de crímenes de guerra–.

¹⁴ Como indicaba el mencionado Tribunal Supremo, “*This full and absolute territorial jurisdiction being alike the attribute of every sovereign, and being incapable of conferring extra-territorial power, would not seem to contemplate foreign sovereigns nor their sovereign rights as its objects. One sovereign being in no respect amenable to another... can be supposed to enter a foreign territory only under an express license, or in the confidence that the immunities belonging to his independent sovereign nation, though not expressly stipulated, are reserved by implication, and will be extended to him*” –11 U.S. 137 (1812)–. No obstante, en este caso concreto el Tribunal Supremo no podría haber denegado la inmunidad de jurisdicción pues la reclamación se dirigía contra un buque de guerra extranjero, por lo que en realidad no debería mencionarse como ejemplo judicial favorable a la doctrina *absoluta* de la inmunidad.

¹⁵ Así, por ejemplo, véanse la sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1926 en el caso *Berizzi Bros. Co. v. The Pesaro*, 271 U.S. 562 (1926); y su sentencia de 5 de abril de 1943 en el caso *Ex parte Republic of Peru*, 318 U.S. 578 (1943), en pp. 588-589.

vidades comerciales, aparte de que en esos casos la misma privaba a los particulares del derecho al auxilio judicial necesario y concedía a los Estados una ventaja desleal en el ámbito comercial con respecto a las empresas privadas. De este modo, el Departamento de Estado propuso por vez primera en un documento de 1952, la *Tate Letter*, que sus tribunales acogieran la tesis restringida de la inmunidad¹⁶. Desde entonces, y durante más de dos décadas, las decisiones sobre reclamaciones de inmunidad presentadas por gobiernos extranjeros eran “recomendadas” normalmente por el Departamento de Estado a partir de una solicitud del gobierno extranjero¹⁷. Pero dicha práctica informal concluyó cuando en 1976 fue aprobada la Ley de Inmunidad del Estado Extranjero (*Foreign Sovereign Immunity Act*), que codificaba la tesis restrictiva de dicho principio¹⁸.

Esta Ley estadounidense sobre Inmunidad determina las reglas y los procedimientos aplicables para la resolución de reclamaciones domésticas contra los Estados extranjeros y sus agencias¹⁹. Dicha inmunidad resulta aplicable en demandas formuladas contra el propio Estado extranjero y funcionarios extranjeros por actos públicos realizados en el marco de sus atribuciones oficiales, pero cuando actúan fuera de su competencia gubernamental (en actos privados) carecen de la citada inmunidad²⁰. En definitiva, este instrumento legislativo establece una regla general protectora de los Estados extranjeros frente a eventuales demandas en los tribunales estadounidenses, y enumera las excepciones a la presunción general de inmunidad, como las actividades comerciales, la renuncia del Estado extranjero, etcétera²¹.

¹⁶ Véase, *Tate Letter* en *Department of State Bulletin*, vol. 26, p. 984, (1952).

¹⁷ *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, § 111 (1987), en Capítulo V (nota introductoria). Sin embargo, esa práctica fue sometida a duras críticas: verbigracia CARDOZO M.H., “Sovereign Immunity: the Plaintiff Deserves a Day in Court”, *Harvard Law Review*, vol. 67, 1954, pp. 608-618. Si el Departamento de Estado no emitía ninguna recomendación en un caso concreto, entonces el tribunal decidía por su propia iniciativa, y en numerosas ocasiones se decantaba por la tesis restringida de inmunidad del Estado extranjero. *Vid.* la sentencia del Tribunal de Apelación (2º Circuito) de 9 de septiembre de 1964 en el caso *Victory Transport v. Comisaria General de Abastecimientos y Transportes*, 336 F.2d 354, en p. 360. Hay que indicar que en ocasiones los tribunales no seguían las recomendaciones del Departamento de Estado, como por ejemplo en la sentencia del Tribunal Supremo de Pennsylvania de 4 de enero de 1966 en el caso *Chemical Natural Resources v. Republic of Venezuela*, 420 Pa. 134, 215 A.2d 864.

¹⁸ 28 U.S.C. § 1330, 1332, 1391(f), 1441(d) y 1602-1611. Desde entonces, el Departamento de Estado se limita a intervenir en calidad de *amicus curiae* únicamente en los casos de especial interés para el Gobierno estadounidense.

¹⁹ 28 U.S.C. § 1330.

²⁰ 28 U.S.C. § 1604.

²¹ 28 U.S.C. § 1605, pues la Ley de Inmunidad enumera en sus apartados a-d las excepciones a la inmunidad: la renuncia del Estado extranjero, la actividad comercial, las reclamaciones por expropiación, reclamaciones relativas a propiedad inmobiliaria en casos de responsabilidad extracontractual no comercial en Estados Unidos y embargos marítimos. Véase también su sección 1607, relativa a contra-reclamaciones. Por otro lado, esta Ley de Inmunidad de 1976 no se aplica a los Jefes de Estado, de forma que la cuestión de su posible inmunidad ante demandas interpuestas en los tribunales de Estados Unidos permanece en manos del Poder Ejecutivo, tal y como era antes de la aprobación de la Ley de 1976. *Vid.* 28 U.S.C. § 1604; el caso *Ye v. Zemin*, C.A. 7 (Ill.) 2004, 383 F. 3 d 620; y también el asunto *Republic of Philippines v. Marcos*, 806 F. 2 d 344 (2º Cir. 1986), en pp. 360-361. Sin embargo, algunos tribunales han declarado aplicable la Ley de Inmunidad a Jefes de Estado

El Tribunal Supremo ha considerado a la Ley de Inmunidad como base jurídica exclusiva para determinar la jurisdicción de los tribunales estadounidenses sobre un Estado extranjero²², y en consecuencia ha venido aplicando la tesis restringida de la inmunidad del Estado. Sin embargo, en la práctica no han tenido demasiado éxito los intentos de aprovechar las excepciones reconocidas por vía legislativa a la inmunidad del Estado extranjero para reclamar por violaciones de Derecho internacional público. Así por ejemplo, en el caso *Saudi Arabia v. Nelson*, el Tribunal Supremo desestimó la demanda de un nacional estadounidense por las lesiones corporales sufridas durante su detención ilegal como consecuencia de torturas cometidas por funcionarios saudíes, pues la *ratio decidendi* estimó que la demanda no estaba fundamentada en actividad comercial alguna, en el sentido prescrito en la Ley de Inmunidad, y por lo tanto el órgano judicial carecía de jurisdicción en ese asunto para dar curso a la demanda e incoar el procedimiento²³.

Ante esta situación, en 1996 fue incluida la sección denominada “*Jurisdiction for law suits against foreign states for acts of terrorism*” en la *Antiterrorist and Effective Death Penalty Act*²⁴ –con la Enmienda Flatow– y, según esta normativa, ya no se puede invocar la inmunidad del Estado extranjero ante demandas civiles interpuestas por actos relativos a torturas, ejecuciones sumarias, sabotaje aéreo y toma de rehenes, cuando se cumpla una doble condición: que la víctima sea un nacional estadounidense y que el Estado infractor haya sido calificado por las autoridades estadounidenses como patrocinador del terrorismo –además de que el reclamante haya otorgado al Estado demandado una oportunidad razonable para resolver la reclamación si los hechos se produjeron en ese territorio estatal foráneo²⁵–. En virtud de esa nueva regulación, la jurisdicción estadounidense adjudicó indemnizaciones

extranjeros y otros funcionarios gubernamentales, como por ejemplo en los casos *Chuidian v. Philippine National Bank*, 912 F. 2 d 1095 (9º Cir. 1990), en p. 1103; y *Herbage v. Meese*, 747 F.Supp. 60 (D.D.C. 1990), en pp. 65-67.

²² *Vid.* como botón de muestra su sentencia de 23 de enero de 1989 en el caso *Argentine Republic v. Amerasia Hess Shipping Corp.*, 488 U.S. 428. En este asunto, varias empresas liberianas habían demandado a Argentina ante tribunales estadounidenses, en virtud de la *Alien Tort Statute*, por la destrucción de un petrolero en alta mar en violación del Derecho internacional. Este caso judicial llegó hasta el Tribunal Supremo, que consideró a la Ley de Inmunidad de 1976 como la base jurídica aplicable, y que había que interpretar conjuntamente sus secciones 1604 y 1330.a: mientras la primera de ellas prohíbe a los tribunales de Estados Unidos ejercer jurisdicción cuando un Estado extranjero sea titular de inmunidad, la sección 1330.a les confiere jurisdicción cuando el Estado extranjero no es titular de inmunidad (p. 429). Y en este mismo sentido su sentencia de 12 de junio de 1992 en el asunto *Republic of Argentina v. Weltover*, 504 U.S. 607, negó inmunidad a Argentina ante una demanda por impago de bonos emitidos por ese país, pues consideró que el Estado demandado había actuado en este caso como un operador privado (p. 614).

²³ Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1993, 507 U.S. 349, en p. 350.

²⁴ Pub. L., n. 104-132, 110 Stat. 1214.

²⁵ Véase esta legislación en *International Legal Materials* vol. 36, 1996, pp. 759 y ss.; así como JIMÉNEZ GARCÍA, F., “Justicia universal e inmunidades estatales: justicia o impunidad: ¿una encrucijada dualista para el Derecho Internacional?”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 18, 2002, pp. 98-99, quien la consideraba un importante apoyo a la justicia universal en materia de vulneración de obligaciones generadas por normas imperativas de Derecho internacional; y FERRER LLORET, J., *cit.*, *Revista Española de Derecho Internacional*, 2007, pp. 48 y ss.

millonarias a las víctimas en algunos litigios²⁶, aunque en realidad no llegaron a ser pagadas completamente por los Estados condenados, sino en parte por el tesoro norteamericano²⁷. Por esa razón, se modificó de nuevo en 2000 la Ley de Inmunidad del Estado Extranjero con la promulgación de la *Victims of Trafficking and Violence Protection Act*²⁸, mediante la cual se estableció un fondo compensatorio y se concedía a las víctimas varias posibles vías para hacer efectivas las indemnizaciones otorgadas por la jurisdicción estadounidense²⁹.

B) Por su parte, Alemania también se ha decantado por la tesis restrictiva de la inmunidad del Estado extranjero, pero su ordenamiento jurídico no contaba con legislación específica en este sentido sino que tal aplicación se ha basado en un desarrollo jurisprudencial. Así por ejemplo, a comienzos del siglo XX el Tribunal Supremo alemán había aceptado la tesis de la inmunidad absoluta en el caso *Bardof v. Bélgica*³⁰, al comprobar que otras jurisdicciones nacionales reconocían la inmunidad a los Estados extranjeros incluso en reclamaciones de Derecho privado. Esa doctrina judicial sería mantenida durante años porque el Alto Tribunal citado siguió considerando que el Derecho internacional no había cambiado en esta cuestión³¹. Pero tras la Segunda Guerra Mundial, los órganos judiciales

²⁶ *Ibidem*, pp. 49-52, donde son citadas diversas decisiones judiciales en esa dirección, como la sentencia del Tribunal de Distrito (Columbia) de 7 de febrero de 2002 en el caso *Hegna v. Islamic Republic of Iran*—que concedió una indemnización de 375 millones de dólares a la familia de un nacional estadounidense asesinado por el grupo terrorista *Hezbollah* a partir del secuestro de una aeronave— (si bien el Tribunal de Apelación, en su sentencia de 8 de marzo de 2005, denegaría la ejecución de esa sentencia indemnizatoria sobre ciertos bienes y fondos iraníes situados en territorio estadounidense), o la sentencia del mismo Tribunal de Distrito de 7 de julio de 2003 en el caso *Acree v. Republic of Iraq*, que condenaba a ese Estado a indemnizar con 959 millones de dólares por las torturas cometidas sobre 16 prisioneros de guerra estadounidenses durante la Guerra del Golfo de 1991.

²⁷ Sobre estas cuestiones véase MURPHY, S.D., *United States Practice in International Law*, vol. 1, 1999-2001, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 70-84, y vol. 2: 2002-2004, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 59-77.

²⁸ PUB, L., n. 106-386, reautorizada por leyes posteriores de 2003, 2005 y 2008.

²⁹ Cfr. FERRER LLORET, J., “La inmunidad de jurisdicción del Estado ante violaciones graves de los derechos humanos”, *cit.*, 2007, pp. 50-52, quien explica que este mecanismo estaba acotado solamente para sentencias ya dictadas ante demandas contra Cuba o Irán, lo que critica por unilateral y discriminatorio, pese a que en teoría dicha legislación pretendía lograr un equilibrio entre el respeto a las inmunidades de los Estados extranjeros y el derecho de reparación a las víctimas de actos terroristas. Sobre la evolución legislativa y judicial estadounidense en esta materia puede leerse ELSEA J.K., *Suits Against Terrorist States by Victims of Terrorism*, Congressional Research Service Report for Congress, Washington, 2008.

³⁰ Decisión del Reichsgericht de 12 de diciembre de 1905, *RGZ*, vol. 62, p. 165 (1906). Cfr. SLYZ G., “International Law in National Courts”, en FRANCK, Th. M. y FOX, G. H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996, p. 101.

³¹ Véase la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 10 de diciembre de 1921 en el caso *Ice King*, *RGZ*, vol. 103, p. 274 (1921), en la que dicho órgano judicial ya reconocía el creciente apoyo a la tendencia de “restringir el principio de inmunidad del Derecho Internacional en relación con la propiedad del Estado empleada para propósitos privados”, pero estimaba que tal proceso no se había asentado aún de forma general para que pudiera deducirse de ello una transformación consolidada (pp. 276-277).

alemanes comenzaron a aplicar la teoría limitada de la inmunidad del Estado³². De hecho, este vuelco jurisprudencial fue adoptado en primer lugar por algunos tribunales de segunda instancia: así por ejemplo, en el caso *Compañía de Navegación* de 1950, el Tribunal Laboral de Apelación de Múnich denegó la inmunidad a una empresa húngara cuyo accionariado estaba totalmente en manos de su Estado³³; tampoco el Tribunal de Distrito de Kiel reconocería inmunidad a una compañía ferroviaria danesa en el asunto *Ferrocarril Estatal Danés*, al alegar lo siguiente:

“La doctrina y la jurisprudencia internacional concuerdan unánimemente en que, en virtud del Derecho Internacional consuetudinario, los Estados extranjeros no se encuentran sometidos a la jurisdicción local cuando se entiende que les haría responsables de ilícitos derivados de actos de soberanía... El principio, sin embargo, no es aplicable en el presente caso, porque el Reino de Dinamarca no se enfrenta a la demanda en calidad de poseedor de derechos de soberanía, sino como poseedor de derechos y obligaciones civiles”³⁴.

Con todo, aún habría de pasar una década desde entonces para que el Tribunal Constitucional Federal confirmara la consolidación en ese país de la doctrina restringida de la inmunidad del Estado extranjero³⁵.

2. La situación en España

Nuestro país no cuenta con normativa legislativa específica sobre esta materia. En este marco, únicamente la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) hace una referencia a los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del “Derecho Internacional Público”, para indicar que operan como excepción a la competencia de los tribunales españoles (art. 21.2); es decir, la legislación española remite al ordenamiento internacional para la determinación de tales inmunidades del Estado, a efectos de su aplicación en España.

Por consiguiente, nuestros órganos judiciales, para determinar el alcance de la inmunidad del Estado extranjero, han tenido que examinar las normas jurídicas internacionales aplicables, básicamente de carácter consuetudinario. Durante mucho tiempo la jurispru-

³² No obstante, ya se había producido algún caso previo donde el órgano judicial había optado por la doctrina restrictiva de la inmunidad del Estado extranjero –verbigracia, la decisión del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1938 en el asunto *The Visurgis*, RGZ, vol. 157, p. 389 (1939)–.

³³ Decisión del Tribunal Laboral de Apelación de Múnich de 16 de mayo de 1950 en el caso *Compañía de Navegación*, *Arbeitsrechtliche Praxis*, 1951, n. 114.

³⁴ Decisión del Tribunal de Distrito de Kiel de 19 de marzo de 1953, en *NJW*, vol. 2, p. 1718 (1953) –traducción propia–. Cf: SLYZ G., *cit.*, 1996, p. 101.

³⁵ *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional Federal alemán de 30 de abril de 1963 en el asunto *Embajada de Irán*, BVerfGE, vol. 16, p. 27.

dencia de la jurisdicción ordinaria no fue uniforme sino más bien ambigua³⁶, hasta que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional se inclinaron por la tesis relativa de la inmunidad de jurisdicción:

“desde la tradicional regla absoluta de inmunidad de jurisdicción fundada en la igual soberanía de los Estados... el ordenamiento internacional ha evolucionado... hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad, que habilita a los Tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado. La distinción entre actos *iure imperii* y actos *iure gestionis*, por compleja que pueda ser su concreción en casos concretos... se ha abierto paso como norma internacional general”³⁷.

Asimismo, el Tribunal Constitucional se embarcó en un análisis de los instrumentos convencionales internacionales entonces existentes³⁸, de los sistemas jurídicos nacionales que habían legislado sobre esta materia y de otras jurisprudencias estatales, para afirmar lo siguiente:

“a la vista de los datos aportados por la realidad jurídica internacional no cabe sino concluir que el art. 21.2 LOPJ, al remitir al Derecho internacional público, no impone una regla de inmunidad absoluta de ejecución de los Estados extranjeros. Antes al contrario, permite afirmar la relatividad de dicha inmunidad”³⁹.

³⁶ Así, por ejemplo, véanse SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., *Las inmunidades de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles*, Civitas, Madrid, 1990; y GASCÓN INCHAUSTI, F., *Inmunidades Procesales y Tutela Judicial Frente a Estados Extranjeros*, Aranzadi, Cizur Menor, 2008.

³⁷ STC 107/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 4º; y el comentario de esta sentencia por SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 44, n. 2, 1992, pp. 576-582. Véanse también las STS (Sala de lo Social) de 10 de febrero de 1986 –FJ 4º– y STS (Sala de lo Social) de 1 de diciembre de 1986 –FJ 3º–; y SORIA JIMÉNEZ, A., “The Evolution in Spanish Law of State Immunity Leading to the Acceptance of the Restrictive Theory”, *Spanish Yearbook of International Law*, vol. 2, 1992, pp. 51-53.

³⁸ Concretamente el Tribunal Constitucional se fijó en el entonces proyecto de artículos sobre inmunidades de los Estados por su alto valor indicativo, así como el Convenio europeo sobre inmunidad de los Estados, de 1972, aunque España no fuera sujeto parte en el mismo –STC 107/1992, de 1 de julio, fundamento jurídico 4º–.

³⁹ *Ibidem*. Véanse GONZÁLEZ CAMPOS, J. D., “Algunas referencias a la costumbre y los tratados internacionales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional” en *El Derecho Internacional: normas, hechos y valores. Liber amicorum José Antonio Pastor Ridruejo*, UCM, Madrid, 2005, p.510; CARRERAHERNÁNDEZ F. J., “La inmunidad de ejecución de los Estados en la práctica jurisprudencial española”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 75 y ss.; FERRER LLORET, J., “La inmunidad de ejecución en la Convención de 2004: un análisis desde la práctica de España”, *Anuario de Derecho Internacional*, vol. 23, 2007, pp. 35-39; y RUIZ COLOMÉ, M. Á., “La inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles en la reciente jurisprudencia constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 2, 1994, pp. 369 y ss.

De este modo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en diversas decisiones de amparo sobre la posibilidad de embargar cuentas bancarias de las misiones diplomáticas y demás bienes del Estado extranjero⁴⁰, y ha abogado por el carácter restringido de la inmunidad de ejecución, entendiendo que el órgano judicial interno ha de examinar en profundidad la posible presencia en España de bienes estatales extranjeros susceptibles de ejecución por estar adscritos a actividades privadas o no conectadas directamente con la soberanía estatal, salvo que se trate de bienes de misiones diplomáticas u oficinas consulares, los cuales gozan de inviolabilidad⁴¹.

III. LAS DOCTRINAS DEL ACTO DE ESTADO Y DE LA CUESTIÓN POLÍTICA

1. La teoría del Acto de Estado

Según la *Act of State doctrine*, como se la conoce en idioma inglés, los tribunales internos no enjuician la licitud internacional de actos oficiales adoptados por Estados extranjeros y ejecutados en su propio territorio, exceptuando las violaciones de normas internacionales con amplio consenso de la sociedad internacional, como por ejemplo sería un caso de genocidio⁴².

Esta doctrina no fue introducida por una disposición constitucional o legislativa, sino que es un principio de Derecho consuetudinario (*Common Law*) desarrollado principalmente por las jurisdicciones anglosajonas sobre la base de consideraciones de cortesía

⁴⁰ STC 107/1992 de 1 de julio, STC 292/1994 de 27 de octubre, y STC 18/1997 de 10 de febrero; y la nota sobre esta última sentencia de GONZÁLEZ VEGA, J. A. en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 50, n. 1, 1998, pp. 214-217.

⁴¹ Véanse las SSTC 292/1994, de 27 de octubre (con comentario de GONZÁLEZ VEGA, J. A. en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 47, n. 2, 1995, pp. 271-276), y 176/2001 de 17 de septiembre –FJ 2º– (con comentario de QUESADA ALCALÁ, C. en *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 54, n. 1, 2002, pp. 268-271); así como SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L. I., “Un tiempo para juzgar: el Derecho Internacional Público en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1992-2001)”, en *Pacis Artes. Obra homenaje al profesor Julio D. González Campos*, tomo I, UAM-Eurolex, Madrid, 2005, pp. 710-717.

⁴² *Vid.* DE QUADROS, F. y DINGFELDER STONE, J. H., “Act of State Doctrine”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008–, online edition, [www.mpepil.com], consultada el 1 de junio de 2013; y REMIRO BROTONS, A. y otros, *Derecho Internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 1046-1048, donde también se recogen críticas a la aplicación de esta doctrina del *Acto de Estado*, sobre todo en relación con la validez en Derecho internacional de nacionalizaciones y expropiaciones estatales que perjudican a personas extranjeras (físicas y/o jurídicas). Sobre esta materia pueden consultarse, por ejemplo, WHISKER, J. B., *The Supremacy of the State in International Law: The Act of State Doctrine*, Edwin Mellen Press, Lewiston, 2003; LACEY, J. R. (ed), *Act of State and Extraterritorial Reach: Problems of Law and Policy*, The American Bar Association, Chicago, 1983; FOX, G. H., “Reexamining the Act of State Doctrine: An Integrated Conflicts Analysis”, *Harvard International Law Journal*, vol. 33, n. 1, 1992, pp. 521-569; RAMSEY, M. D., “Acts of State and Foreign Sovereign Obligations”, *Harvard International Law Journal*, vol. 39, n. 1, 1998, pp. 1-100.

internacional y el respeto de los principios de igualdad soberana y no intervención en los asuntos internos de los demás Estados, la separación de poderes y la libertad de elección del Derecho. *De facto*, ha alcanzado un relieve especial en los órganos judiciales de Estados Unidos en aquellos litigios relativos a nacionalizaciones o expropiaciones realizadas por gobiernos extranjeros, si bien esta doctrina del *Acto de Estado* también es aplicada en el marco jurídico continental⁴³. Básicamente, esta teoría implica una auto-restricción judicial, se aplica normalmente durante el proceso sobre el fondo del asunto y puede ser invocada por cualquier parte o interviniente en el procedimiento, con el fin de evitar el enjuiciamiento de actos de funcionarios de gobiernos extranjeros y demás actores estatales por los tribunales del Estado del foro.

Invocada en Estados Unidos por primera vez a finales del siglo XIX por su Tribunal Supremo en el caso *Underhill v. Hernandez*⁴⁴, esta doctrina ha sido conocida más tarde con la formulación ofrecida por dicho tribunal en el asunto *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*:

“Rather than laying down or reaffirming an inflexible and all-encompassing rule in this case, we decide only that the Judicial Branch will not examine the validity of a taking of property within its own territory by a foreign sovereign government, extant and recognized by this country at the time of suit, in the absence of a treaty or other unambiguous agreement regarding controlling legal principles, even if the complaint alleges that the taking violates customary international law”⁴⁵.

⁴³ Véanse WEIL, P., “Le contrôle par les tribunaux nationaux de la liceité internationale des actes des États étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 23, 1971, pp. 9-52; KINSCH, P., *Le fait du prince étranger*, LGDJ, Paris, 1994, pp. 384 y ss.; CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 21, quien señala cómo algunos ordenamientos nacionales –pero no todos– permiten a sus tribunales domésticos rechazar la aplicación de actos soberanos de Estados extranjeros no conformes con el Derecho internacional –verbigracia en Francia, Holanda [sentencia de su Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) de 17 de octubre de 1969] e Italia [sentencia de su Corte de Casación n. 4116, de 10 de noviembre de 1976], entre los países con sistemas de Derecho Civil–.

⁴⁴ Véase la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 29 de noviembre de 1897 en el caso *Underhill v. Hernandez*, 168 U.S. 250 (1897): “every sovereign state is bound to respect the independence of every other sovereign state, and the courts of one country will not sit in judgment on the acts of the government of another, done within its own territory” (p. 252), argumento con el que desestimó la demanda interpuesta contra un general de Venezuela.

⁴⁵ Cfr. sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 23 de marzo de 1964 en el caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), en p. 428. En este caso judicial, que trataba de una reclamación por expropiación ilegal en Cuba, la parte demandada alegó que, en aplicación de la doctrina del *Acto de Estado*, tales demandas no debían ser decididas por los tribunales de justicia como asuntos de posible judicialización sino mediante un arreglo diplomático intergubernamental, por tratarse de cuestiones de política exterior. *Vid.* DINGFELDER STONE, J. H., “Sabbatino Case”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008, online edition, [www.mpepil.com], visitada el 1 de junio de 2013.

Por tanto, la jurisprudencia estadounidense se comprometía a aceptar la validez de las decisiones de otros países acerca de asuntos domésticos, sin ser cuestionada por los tribunales de Estados Unidos, si se trataba de decisiones o comportamientos atribuibles a un Gobierno extranjero en calidad de actos de Estado, siempre que concurrieran diversos criterios, como la presencia de consenso internacional sobre la normativa aplicable a cada caso concreto, que las implicaciones del litigio tuvieran relevancia para las relaciones exteriores y que el gobierno autor de los hechos continuara en ejercicio⁴⁶. En la sentencia del caso *Sabbatino*, la aplicabilidad de la doctrina se hacía depender de la garantía de una apropiada distribución de funciones entre las instituciones judiciales y ejecutivas en cuestiones relacionadas con los asuntos exteriores.

Sin embargo, el alcance de la excepción de jurisdicción que supone el *Acto de Estado* se ha ido reduciendo en la práctica judicial estadounidense y, así, en el caso *Kirkpatrick v. Environmental Tectonics*, el Tribunal Supremo ha restringido su ámbito de aplicación a aquellos casos en los que el órgano judicial se vea obligado a evaluar la validez de los actos públicos de Estados extranjeros, pues *prima facie* ha de presumirse su licitud:

“The act of state doctrine does not establish an exception for cases and controversies that may embarrass foreign governments, but merely requires that, in the process of deciding, the acts of foreign sovereigns taken within their own jurisdictions shall be deemed valid”⁴⁷.

Desde entonces, la práctica judicial de ese país ha introducido excepciones a la aplicación de la doctrina del *Acto de Estado*, como por ejemplo que el hecho de un Estado extranjero vulnere un acuerdo internacional preciso⁴⁸.

⁴⁶ Tales criterios fueron enumerados por el Tribunal Supremo en su sentencia del caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, 376 U.S. 398 (1964), en p. 428, y han sido configurados como modelo paradigmático por la jurisdicción estadounidense para aceptar la doctrina del *Acto de Estado* en diversos casos judiciales, como *Doe v. Liu Qi* (349 F. Supp. 2 d 1258 –N.D. Cal. 2004–), o en *Doe I v. State of Israel* (400 F. Supp. 2 d 86 –D.C.C. 2005–), aunque ha sido rechazada en otros, como *Wiwa v. Royal Dutch Petroleum Co.* (orden del Tribunal de Distrito –S.D.N.Y.– de 28 de febrero de 2002, 2002 WL 319887); o en *Doe I v. Unocal* (395 F. 3 d 932 –9º Cir.– 2002, en pp. 958-960). Véase PIGRAU SOLÉ, A., “La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la alien tort claims act por su participación en violaciones de derechos humanos”, *Revista Española de Desarrollo y Cooperación*, n. 25, enero 2010, p. 124, nota 44, quien recuerda que después se añadió un cuarto requisito a los tres mencionados: que el Estado demandado haya actuado en interés público –sentencia del Tribunal de Apelación (9º Circuito) de 29 de diciembre de 1989 en el caso *Liu v. Republic of China*, 892 F. 2 d 1419, en p. 1432–.

⁴⁷ Cfr: sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1990, *W.S. Kirkpatrick v. Environmental Tectonics*, 493 U.S. 400 (1990), en p. 409.

⁴⁸ Véase BORN, G. B., *International Civil Litigation in United States Courts: Commentary and Materials*, 3ª ed., Kluwer, La Haya, 1996, pp. 729 y ss. Esta excepción por vía de tratado ya fue mencionada por el Tribunal Supremo en el citado caso *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, pero sin aplicarla directamente, y otros tribunales de ese país la han aplicado siempre con cautela y sin querer perjudicar la política gubernamental –Orden del Tribunal de Distrito (Columbia) de 10 de julio de 1980 en el caso *American International Group*

Asimismo, la legislación ha introducido restricciones a la implementación de esta doctrina: como botón de muestra, la segunda Enmienda *Hickenlooper* a la *U.S. Foreign Assistance Act*, adoptada en 1965, dispone que ningún tribunal dejará de resolver el fondo de un caso en virtud del *Acto de Estado* cuando se trate de reclamaciones por expropiación extranjera que haya vulnerado principios de Derecho internacional –en concreto, la confiscación o embargo de propiedades cometidos por el régimen cubano desde 1959 sin otorgar la compensación exigible–, salvo aquellos supuestos en los que el Presidente estadounidense considere que la aplicación de la doctrina del *Acto de Estado* es requerida por intereses de política exterior del país, y así lo manifieste al tribunal del foro⁴⁹. La posterior Ley Helms-Burton reincidía en esta misma dirección, al excluir la alegación del *Acto de Estado* ante reclamaciones judiciales de nacionales estadounidenses por la comercialización de bienes “confiscados” por el Gobierno castrista cubano⁵⁰.

Siguiendo con el mismo hilo conductor, la propia Restatement (Third) del Derecho de Relaciones Exteriores de los Estados Unidos señala que la invocación de tal doctrina probablemente no sea aceptada en casos relativos a violaciones de derechos humanos, ya que el Derecho internacional en esta materia contempla la fiscalización externa del comportamiento de los Estados⁵¹. En este mismo sentido se han orientado las diferentes instancias judiciales norteamericanas y, con el propósito de evitar la aplicación del *Acto de Estado* o la inmunidad de jurisdicción del Estado extranjero en materia de derechos humanos, han consolidado la separación entre actos públicos oficiales y no oficiales para que ciertas violaciones flagrantes de derechos humanos fundamentales –*ad exemplum*, las torturas– no puedan ser catalogadas como actuaciones públicas oficiales del Estado extranjero –sin importar la posición, calidad o autoridad bajo la que actuaban los órganos estatales responsables de tales crímenes–, pues resulta improbable que dicho Estado haya

Inc. et al. v. Islamic Republic of Iran, 493 F.Supp. 522; y sentencia del Tribunal de Apelación (Columbia) de 18 de abril de 1986 en el caso *Ramirez de Arellano v. Weinberger*, 788 F. 2 d 762–.

⁴⁹ 22 U.S.C. § 2370 (e) (2): “... no court in the United States shall decline on the ground of the federal act of state doctrine to make a determination on the merits giving effect to the principles of international law in a case in which a claim of title or other right to property is asserted by any party... based upon... a confiscation or other taking after January 1, 1959, by an act of that state in violation of the principles of international law, including the principles of compensation and the other standards set out in this subsection: Provided, That this subparagraph shall not be applicable (1) in any case in which an act of a foreign state is not contrary to international law or with respect to a claim of title or other right to property acquired pursuant to an irrevocable letter of credit of not more than 180 days duration issued in good faith prior to the time of the confiscation or other taking, or (2) in any case with respect to which the President determines that application of the act of state doctrine is required in that particular case by the foreign policy interests of the United States and a suggestion to this effect is filed on his behalf in that case with the court”.

⁵⁰ 22 U.S.C. Capítulo 69 A, *Cuban Liberty and Democratic Solidarity*, Subcapítulo III, § 6082 (a) (6).

⁵¹ *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, § 443 (1987), Comentario c. En este mismo sentido, el Instituto de Derecho Internacional ha indicado que, si los tribunales nacionales son llamados a aplicar una ley extranjera, deberían reconocerse competentes para pronunciarse sobre la compatibilidad de tal ley con el Derecho internacional, y deberían rehusar dar efecto a actos públicos extranjeros que vulneren el ordenamiento internacional –Resolución *L’activité du juge interne et les relations internationales de l’Etat*, adoptada el 7 de septiembre de 1993 en Milán (art.3)–.

adoptado expresa y públicamente normativa o actos administrativos dirigidos a que sus órganos vulneraran derechos humanos⁵².

Por el contrario, la jurisprudencia británica no ha funcionado tradicionalmente en el mismo sentido y así, por ejemplo, en el caso *Buttes Gas v. Hammer*⁵³, la Cámara de los Lores expandió el ámbito de aplicación de la doctrina del *Acto de Estado*, en orden a justificar su decisión de no revisar la licitud internacional de transacciones entre dos Estados extranjeros de concesiones petrolíferas en aguas contiguas. El resultado fue la inmunidad judicial de los intercambios comerciales entre Estados soberanos sobre la base del principio de auto-restricción judicial por ausencia de “estándares judiciales aplicables”, pero esto resulta disconforme con la propia posición británica de considerar al Derecho internacional como parte del Derecho del país, porque entre su normativa un tribunal nacional puede hallar criterios judiciales suficientes para examinar casos de este tipo.

No obstante, en la práctica los tribunales británicos han venido evaluando en las últimas décadas la licitud jurídica internacional de los actos de Estados extranjeros, a efectos de buscar remedios jurídicos en caso de que tales actos resultaran ilegales⁵⁴. Puede decirse que la abstención de fiscalizar judicialmente la actividad gubernamental se entiende en el Reino Unido de modo flexible, y no supone un impedimento absoluto a la aplicación del ordenamiento internacional en un litigio judicial, cuando ése resulte ser el derecho aplicable⁵⁵. Además, estos tribunales internos no tratan del mismo modo los actos de su propio

⁵² Véanse en este contexto algunos casos judiciales estadounidenses emblemáticos, como *Filartiga v. Pena Irala*, 630 F 2 d 876 (2º Cir. 1980); *Forti v. Suarez-Mason*, 672 F Supp 1531 (N.D. California 1987); *Liu v. Republic of China*, 892 F. 2 d 1419 (9º Cir. 1989); *Paul v. Avril*, 812 F. Supp. 207 (S.D. Florida 1993); *Kadic v. Karadzic*, 70 F 3 d 232 (2º Cir. 1995); y *Letelier v. Republic of Chile*, 488 F.Supp. 665 y 502 F. Supp. 259 (Columbia 1980), en el cual el Tribunal de Distrito niega reiteradamente que la Ley de Inmunidad del Estado Extranjero o la doctrina del *Acto de Estado* preserven a un gobierno extranjero de responsabilidad civil si ordenó un asesinato cometido en Estados Unidos. Sobre este último asunto puede verse SCHMAHL, S., “Letelier and Moffitt Claim”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008–, online edition, [www.mpepil.com], consultada el 5 de junio de 2013; y en general BIANCHI A., “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, *European Journal of International Law*, vol. 10, n. 2, 1999, pp. 237-277.

⁵³ Véase dicha sentencia de la Cámara de los Lores de 29 de octubre de 1981, [1982] A.C. 888, [1981] 3 All ER 616, en *International Legal Materials*, vol. 21, 1982, pp. 92 y ss.; y sobre la misma puede leerse van HECKE, G. y LENAERTS, K., “The Act of State Doctrine: a Continental Lawyer Looks at the House of Lords Ruling *Buttes Gas v. Hammer*”, *Revue Belge de Droit International*, vol. 19, 1986, pp. 59-69.

⁵⁴ Véanse REECE THOMAS, K., “The Changing Status of International Law in English Domestic Law”, *Netherlands International Law Review*, vol. 53, n. 3, 2006, p. 397; y van HECKE, G. y LENAERTS, K., *op.cit.* 1986, p. 69.

⁵⁵ En el caso *Occidental*, verbigracia, Ecuador buscaba invalidar un laudo arbitral favorable a una compañía petrolera estadounidense (Occidental) en un litigio de inversión de ésta con una empresa estatal ecuatoriana; por su parte, Occidental consideraba que la demanda ecuatoriana obligaba a los tribunales ingleses a interpretar las cláusulas de un tratado bilateral de inversión de 1993 entre Estados Unidos y Ecuador, lo que no era una materia justiciable *per se*. Pero tanto en primera instancia el juez Aitkens como después la Corte de Apelación rechazaron el argumento de Occidental. Véanse la sentencia del juez de la Commercial Court de la Queen’s Bench Division de la High Court of Justice de 29 de abril de 2005, [2005] EWHC 774 (Comm.), y la sentencia

gobierno y los hechos de Estados extranjeros, pues mientras la no revisión judicial de la actividad gubernamental británica en materia de relaciones exteriores y defensa constituye una praxis consolidada en su jurisdicción doméstica⁵⁶—aunque cierta jurisprudencia reciente pueda servir para cuestionarla en el futuro⁵⁷—, sin embargo, cuando los jueces británicos se encuentran con actos de Estados foráneos han encontrado razones de política pública⁵⁸ para entrar a conocer el fondo del litigio en casos de vulneración de normas esenciales de Derecho internacional, como violaciones graves de derechos humanos⁵⁹.

de la Corte de Apelación de 9 de septiembre de 2005 en el asunto *Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador*, [2005] EWCA Civ. 1116.

⁵⁶ Así por ejemplo, en el caso *R. (on the application of Marchiori) v. Environment Agency*, [2002] EWCA Civ. 03, también conocido como asunto *Trident Nuclear Waste*, la Corte de Apelación británica confirmó que cuestiones sobre la política de defensa de Reino Unido no eran judicialmente revisables, y por tanto no aceptó el argumento de la parte demandante de que la producción y el mantenimiento de misiles nucleares Trident era contraria como tal al Derecho internacional, rechazando el alegato de que la Corte Internacional de Justicia había apoyado tal aseveración en su opinión consultiva de 1996 sobre la *Licitud de la amenaza o del empleo de armas nucleares* (para. 43-46)—en su decisión, la Corte de Apelación se basó en la sentencia de la Cámara de los Lores de 12 de julio de 1962 en el caso *Chandler v. Director of Public Prosecutions*, [1962] UKHL 2—.

⁵⁷ Así por ejemplo, en el caso *Abbasi*, un ciudadano británico capturado en Afganistán por el ejército de Estados Unidos y detenido en la base estadounidense de Guantánamo sin representación legal ni derecho a juicio buscaba la revisión judicial de la decisión del Ministerio británico de Asuntos Exteriores de negarse a reclamar en nombre de Abbasi ante el gobierno de Estados Unidos. El gobierno británico alegó que el Derecho internacional vigente no concibe la protección diplomática como un derecho de los nacionales frente a su Estado—sino que el Estado es discrecional a la hora de prestarla o no—, y que los tribunales británicos no podían evaluar la legitimidad de la acción de un Estado extranjero, pero la Corte de Apelación se consideró libre para expresar su opinión en relación a lo que parecía ser una grave violación del Derecho internacional, “particularmente en el contexto de derechos humanos”, pues el reclamante estaba detenido en un “agujero negro legal”, sin derecho de acceso a los tribunales de justicia. Véase la sentencia de la Corte de Apelación de 6 de noviembre de 2002 en el caso *R. (on the application of Abbasi) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs*, [2002] EWCA Civ. 1598; y también REECE THOMAS, K., *cit.*, 2006, p. 398.

⁵⁸ El principio de política pública (*public policy*), pese a no contar con unos perfiles muy definidos, fue esbozado por el juez Benjamin Cardozo al indicar que un tribunal excluiría la aplicación de una norma extranjera sólo cuando ésta violara “some fundamental principle of justice, some prevalent conception of good morals, some deep-rooted tradition of the common weal”. Véase la sentencia del Tribunal de Apelación de Nueva York de 12 de julio de 1918 en el caso *Loucks v. Standard Oil Co. of New York*, (1918) 120 N.E. 198, en p. 202. Desde una perspectiva iusinternacionalista puede verse GEBAUER, M., “Ordre Public (Public Policy)”, en WOLFRUM, R. (ed.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, 2008—, online edition, [www.mpepil.com], consultada el 20 de junio de 2013.

⁵⁹ *Ad exemplum*, en el caso *Kuwait Airways*, los Lores en Derecho no se consideraron obligados por una resolución iraquí de disolución de la aerolínea Kuwait Airways y transferencia de toda su propiedad a la compañía estatal Iraqi Airways, como parte del plan de Iraq de anexionarse Kuwait tras haberlo invadido en 1990, pues la doctrina inglesa del *Acto de Estado* se encontraría limitada por el principio de política pública, y no podía aplicarse cuando el acto del Estado extranjero en cuestión violaba normas fundamentales de Derecho internacional público, como sucedía en este caso. Véase la sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 16 de mayo de 2002 en el caso *Kuwait Airways Corporation v. Iraqi Airways Company*, [2002] UKHL 19, en cuyo párrafo 29 se declaraba que “Iraq’s invasion of Kuwait and seizure of its assets were a gross violation of established rules of international law of fundamental importance”. Anteriormente, los Lores habían rechazado en 1975, sobre la base del principio de política pública, un decreto de 1941 del gobierno nacionalsocialista alemán que había privado a los emigrantes judíos de la nacionalidad alemana y les había

Por lo tanto, en general puede decirse que es muy criticado doctrinalmente el recurso a la teoría del *Acto de Estado* con objeto de evitar la aplicación del Derecho internacional por los jueces estatales, pues este obstáculo no es considerado ni exigido por dicho ordenamiento jurídico⁶⁰. En realidad, la única motivación de dicha doctrina viene dada por la pretensión de evitarle a su Gobierno tener que afrontar situaciones embarazosas en sus relaciones exteriores. Pero ese propósito, aún siendo comprensible, no puede constituir por sí mismo un argumento jurídico válido para la limitación de la jurisdicción de los tribunales domésticos⁶¹.

2. La doctrina de la *Cuestión Política*

Esta doctrina ha constituido igualmente un recurso empleado por la judicatura para librarse en algunas ocasiones de la obligación de decidir sobre la base del Derecho internacional. La teoría de la *Cuestión Política* también tiene raíz jurisprudencial, y se recurre a ella cuando un órgano judicial estima que un órgano del Poder político está mejor preparado para decidir algunos asuntos incoados ante él. De esta manera, ese tribunal decide abstenerse de enjuiciar acciones del Poder Ejecutivo del Estado, incluso aunque las mismas hayan violado normas internacionales⁶². Por consiguiente, esta doctrina ha operado de hecho como un escollo a la aplicación plena del derecho a los órganos gubernamentales.

En favor de la implementación práctica de esta tesis de renuncia jurisdiccional han sido invocados argumentos basados en las necesarias prudencia y unidad en la acción exterior del Estado, en el sentido de que tan sólo el Poder Ejecutivo contaría con la información, experiencia y competencia requeridas en asuntos de seguridad nacional. Ciertamente, es bastante habitual que los jueces domésticos asuman y respalden la posición de su gobierno

confiscado sus propiedades, pues lo consideraron un decreto confiscatorio y discriminatorio por motivos étnicos, suponiendo por ello una vulneración muy grave de los derechos humanos. Véase la sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 5 de febrero de 1975 en el caso *Oppenheimer v. Cattermole*, [1976] A.C. 249.

⁶⁰ CONFORTI, B., *International Law and the Role of Domestic Legal Systems*, Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 23; WEIL, P., “Le contrôle par les tribunaux nationaux de la liceité internationale des actes des États étrangers”, *Annuaire Français de Droit International*, vol. 23, 1971, p. 34; RAMBAUD, P., “International Law and Municipal Law: conflicts and their review by third States”, en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, 2ª ed., vol. 2, North-Holland, Amsterdam, 1995, p. 1206.

⁶¹ En este mismo sentido véase la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 17 de enero de 1990 en el caso *W.S. Kirkpatrick v. Environmental Tectonics*, 493 U.S. 400 (1990).

⁶² Esta doctrina es conocida en otros idiomas como *actes de gouvernement*, *Hoheitsakte* o *atti politici*. Como origen jurisprudencial de la misma es habitual referirse a la sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de febrero de 1803 en el caso *Marbury v. Madison* (1 Cranch 137, 5 U.S. 137), donde el Juez Marshall subrayaba lo siguiente: “By the constitution of the United States, the President is invested with certain important political powers, in the exercise of which he is to use his own discretion, and is accountable only to his country in his political character, and to his own conscience... The acts of such an officer, as an officer, can never be examinable by the courts” (pp. 165-166).

porque aceptan el axioma de que el Estado se exprese con una sola voz en las relaciones internacionales⁶³.

En la *Cuestión Política* se realiza una aproximación hermenéutica a la separación de poderes comparable a la desarrollada en la doctrina del *Acto de Estado*: en ambas se presume que la gestión de las relaciones internacionales corresponde completamente al Gobierno y al Parlamento de cada país, al no ser una materia susceptible de revisión judicial en muchos aspectos que cuentan con aristas políticas complicadas no judicializables⁶⁴.

Por consiguiente, los tribunales de Estados Unidos periódicamente han invocado la doctrina de la *Cuestión Política* para desestimar demandas presentadas ante ellos⁶⁵, al considerar por ejemplo que las normas internacionales consuetudinarias no serían aplicables cuando se trata de reclamaciones para controlar la actuación del Poder Ejecutivo⁶⁶, o que hipotéticas violaciones de derechos humanos cometidas por autoridades gubernamentales no eran revisables judicialmente. Los jueces estadounidenses han llegado en ocasiones al paroxismo de sancionar a la defensa letrada de la parte reclamante por haberles presentado demandas tachadas de “frívolas”⁶⁷.

⁶³ Verbigracia, en la jurisdicción británica, el Comité de Apelación de la Cámara de los Lores se pronunció de este modo en su sentencia de 23 de febrero de 1939 en el caso *Government of Republic of Spain v. S.S. The Arantzazu Mendi*, [1939] A.C. 256 (H.L.) en p. 264.

⁶⁴ Vid. FRANCK, Th. M., *Political Questions/Judicial Answers: Does the Rule of Law Apply to Foreign Affairs?*, Princeton University Press, Princeton, 1992, p. 5.

⁶⁵ Pueden encontrarse diversos ejemplos de decisiones judiciales en este sentido: 1) la sentencia del Tribunal de Apelación (5º Circuito) de 9 de agosto de 1978 en el caso *Occidental of Umm al Qaywayn, Inc. v. A Certain Cargo of Petroleum* (577 F. 2 d 1196) desestimó una demanda *anti-trust* alegatoria de cohecho e incidentes fronterizos aplicando la doctrina de la *Cuestión Política*; 2) la sentencia del Tribunal de Apelación (4º Circuito) de 18 de abril de 1988 en el caso *Smith v. Reagan* (844 F. 2 d 195) rechazó con el mismo argumento jurídico una demanda de sentencia declaratoria interpuesta por familiares de militares veteranos estadounidenses desaparecidos en Vietnam; 3) la sentencia del Tribunal de Apelación (Columbia) de 15 de julio de 2005 en el caso *Hamdan v. Rumsfeld* consideró que la calificación del conflicto de Afganistán y el derecho aplicable al mismo eran decisiones del Presidente Bush no revisables judicialmente, pues el Presidente goza de independencia en materia de asuntos exteriores (415 F.3 d 33); o 4) la sentencia del Tribunal de Apelación (2º Circuito) de 23 de noviembre de 2005 en el caso *Whiteman v. Dorotheum GMBH & Co. KG* rechazó una demanda contra Austria para recuperar propiedad incautada en la época Nazi porque, tal y como habían alegado los gobiernos de Austria y Estados Unidos, este litigio judicial entorpecía precisamente la implementación de un acuerdo ejecutivo firmado por ambos Estados en 2001 para establecer un fondo de compensación a judíos austriacos cuya propiedad hubiera sido entonces confiscada (431 F. 3 d 57).

⁶⁶ En este sentido pueden verse la orden del Tribunal de Distrito (ND Georgia) de 25 de noviembre de 1985 en el caso *Fernandez-Roque v. Smith*, 622 F. Supp. 887 (ND Ga.1985); y la sentencia del Tribunal de Apelación (11º Circuito) de 23 de abril de 1986 en el caso *Garcia-Mir v. Meese* (788 F. 2 d 1446).

⁶⁷ Vid. las órdenes del Tribunal de Distrito (Columbia) de 23 de diciembre de 1988, y del Tribunal de Apelación (Columbia) de 29 de septiembre de 1989 en el caso *Saltany v. Reagan* (702 F. Supp. 319 y 886 F.2 d 438 respectivamente); así como D’AMATO, A., “The Imposition of Attorney Sanctions for Claims Arising from the US Raid on Libya”, *American Journal of International Law*, vol.84, 1990, pp.705-711.

No obstante, esta doctrina jurisprudencial no ha sido admitida por la doctrina iusinternacionalista⁶⁸, e incluso la judicatura estadounidense reconoce que su empleo debe hacerse de forma “reflexiva”, pues sería un error “suponer que todo caso o controversia que afecte a las relaciones exteriores escapa del conocimiento judicial”⁶⁹.

Por su parte, en Alemania no se aplica la doctrina de la *Cuestión Política*⁷⁰. Los tribunales germanos han incoado procedimientos en casos con nítidos aspectos políticos, sin haberse abstenido por ello de ejercer su competencia jurisdiccional. Una muestra emblemática de esta práctica judicial sería el denominado caso *Teso*, donde el Tribunal Constitucional Federal revocó la denegación sistemática por el Gobierno federal de la adquisición de la ciudadanía de la República Federal de Alemania a personas anteriormente naturalizadas por la Alemania Oriental⁷¹.

En orden a poder ejercer su jurisdicción en asuntos con perfiles políticos, los tribunales germanos han establecido reglas definidas en materia de apreciación de las pruebas presentadas en los litigios con implicaciones de política exterior⁷². En principio, se aplica una presunción *iuris tantum* favorable a la licitud de las decisiones adoptadas por el Gobierno en esa materia: si los jueces aceptan la validez de los objetivos de la política exterior, entonces sólo condenarían los medios adoptados para la consecución de tales fines si se presentaran pruebas demostrativas de mala fe o arbitrariedad en la actuación gubernamental⁷³. Esta práctica judicial permite al Ejecutivo alemán desarrollar la política exterior con una gran

⁶⁸ En este sentido puede leerse la Resolución del Instituto de Derecho Internacional titulada *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, adoptada el 7 de septiembre de 1993 en su Sesión de Milán: los tribunales nacionales, cuando sean llamados a enjuiciar una cuestión relativa al ejercicio de poder ejecutivo, no deberían renunciar a su competencia —por razón de la naturaleza política de la cuestión— si tal ejercicio de poder se encuentra sujeto a una regla de Derecho internacional (art.2). Asimismo pueden consultarse HENKIN, L., “Is There a Political Question Doctrine?”, *Yale Law Journal*, vol. 85, 1976, pp. 597-625; DELL’ACQUA, C., *Atto politico ed esercizio di poteri sovrani*, CEDAM, Padua, 1983; y FRANCK, Th. M., *op.cit.*, 1992, pp. 4-5.

⁶⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos de 26 de marzo de 1962 en el caso *Baker v. Carr*, 369 U.S. 186 (1962), en p. 211. En dicha decisión judicial se indicaban los siguientes factores relevantes para la posible aplicación de la doctrina de la *Cuestión Política*: que exista un compromiso constitucional demostrable de enviar el asunto a un departamento político; que el caso no pueda ser resuelto mediante parámetros judiciales; la imposibilidad de decidir sin una previa determinación política discrecional claramente no enjuiciable; la imposibilidad para el tribunal de adoptar una resolución independiente sin faltar el respeto debido a los otros Poderes; la necesidad inhabitual de adherirse de forma inquebrantable a una decisión política ya tomada; o la posibilidad de que se produzca una situación embarazosa por existir pronunciamientos contradictorios de varios órganos sobre la misma cuestión (p. 217).

⁷⁰ Cfr. KOMMERS, D. P., *Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Duke University Press, Durham, 1989, p. 163.

⁷¹ Véase la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 21 de octubre de 1987 en el caso *Teso*, BVerfGE, vol.77, p.137 y ss.

⁷² SLYZ, G., *cit.*, 1996, p.105; FRANCK, Th. M., *cit.*, 1992, pp. 116-117; e igualmente la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 16 de diciembre de 1983 en el caso del *Rearme*, BverfGE, vol. 66, p. 39, en p. 60.

⁷³ *Vid.* la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 16 de octubre de 1977 en el caso *Schleyer*, BVerfGE, vol. 46, pp. 160 y ss., según la cual la posibilidad de negociar con terroristas para la liberación de

libertad, pero al mismo tiempo garantiza la tutela judicial efectiva de quienes impugnen la licitud de las acciones gubernamentales.

También se ha previsto que los tribunales de ese país puedan concertar procedimientos judiciales especiales cuando está en cuestión la protección de secretos oficiales. En estos casos, se trataría de armonizar la confidencialidad exigible con los derechos fundamentales de los ciudadanos, de modo similar a lo que ya se hace habitualmente en otras clases de pleitos, como litigios sobre secretos comerciales o procesos penales con testigos protegidos⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES

Como hemos explicado, los tribunales nacionales se abstienen en ocasiones de enjuiciar la validez en Derecho internacional de algunas actuaciones del Poder Ejecutivo –ya sea propio o de otros Estados–, especialmente en materia de relaciones exteriores, sobre la base de la regla de la inmunidad del Estado extranjero o de las mencionadas doctrinas del *Acto de Estado* y la *Cuestión Política*. Asimismo, los jueces pueden combinar los obstáculos indicados con otra serie de técnicas, como la interpretación restrictiva de las cláusulas de sus Constituciones nacionales que incorporan el Derecho internacional en sus sistemas domésticos, o la interpretación de las normas internacionales a la luz de los intereses de sus gobiernos⁷⁵.

Por lo que respecta a la regla de la inmunidad del Estado extranjero, hemos visto cómo se ha ido imponiendo la tesis de su alcance limitado o restrictivo tanto en la denominada inmunidad de jurisdicción –concedida sólo para actos públicos oficiales o *iure imperii*– como en la inmunidad de ejecución –para bienes adscritos al servicio público–, si bien en ésta última la práctica judicial viene otorgando al Estado extranjero un tratamiento más favorable de tal modo que, *de facto*, tiene muchas posibilidades de hurtar bienes propios a la justicia de los tribunales del foro.

Por otro lado, en cuanto a las doctrinas del *Acto de Estado* y de la *Cuestión Política*, los tribunales estadounidenses las han aplicado de forma reiterada, con el resultado de constreñir su propia competencia judicial en la resolución de casos con perfiles políticos. Para ser más precisos, en la actualidad estas barreras doctrinales suelen ser empleadas básicamente en cuestiones relativas a las relaciones exteriores; en efecto, algunas prerrogativas del Poder Ejecutivo en el ámbito de las relaciones internacionales escapan a la fiscalización judicial, como el poder discrecional absoluto del Gobierno en el establecimiento y terminación de

un rehén se encuentra amparada por la libertad discrecional de los órganos políticos gubernamentales, salvo que se demuestre mala fe en el ejercicio de esa discrecionalidad.

⁷⁴ FRANCK, Th. M., *op.cit.*, 1992, pp. 124 y 137-155.

⁷⁵ Véase BENVENISTI, E. y DOWNS, G. W., “National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law”, *European Journal of International Law*, vol. 20, n. 1, 2009, p. 60.

relaciones diplomáticas y consulares, o la facultad de manifestar el consentimiento para obligarse por tratados internacionales (previa autorización en su caso del Parlamento).

Pero en ese ámbito también puede defenderse que las acciones de los gobiernos se encuentren sometidas a revisión judicial en el caso de que vulneren su propio Derecho interno⁷⁶. Aunque tradicionalmente la libertad discrecional del Gobierno era aquí muy amplia al partirse de una visión exclusivamente diplomática de este ámbito, con el paso del tiempo ha ido aumentando la autonomía de un Poder Judicial que ha consolidado su acción jurisdiccional y su coordinación para comprometerse más activamente en la interpretación y la aplicación del Derecho internacional, soslayando así la amenaza de erosión del alcance de la revisión judicial⁷⁷.

De hecho, en Alemania sí se ha implementado un control judicial claro sobre la actuación gubernamental en política exterior, si bien sus tribunales otorgan una sólida presunción favorable a la licitud –interna e internacional– de la conducta del Gobierno en materia de relaciones exteriores, y por ello es difícil –aunque no imposible– que adopten decisiones contrarias a la posición gubernamental⁷⁸. Esta interpretación judicial viene a coincidir con la opinión del Instituto de Derecho Internacional de que los tribunales nacionales tengan

⁷⁶ En este sentido véase la sentencia del Tribunal de Apelación (Columbia) de 18 de abril de 1986 en el caso *Ramirez de Arellano v. Weinberger* (788 F. 2 d 762).

⁷⁷ *Vid.* BENVENISTI, E. y DOWNS, G. W., *cit.*, pp. 59-72.

⁷⁸ Puede decirse que, en general, los tribunales nacionales no suelen ser favorables a demandas interpuestas por extranjeros contra sus propios gobiernos, ni siquiera ante casos de crímenes de guerra. *Verbigracia*, frente a la sentencia del Tribunal Supremo de Grecia de 4 de mayo de 2000 en el caso *Prefectura de Voiotia v. República Federal de Alemania* –o causa *Masacre de Distomo*– que condenaba a Alemania a una indemnización por crímenes de guerra cometidos durante la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Federal de Justicia alemán rechazó reconocer la decisión jurisdiccional griega –sentencia de 26 de junio de 2003, BGH III ZR 245/98–, lo que sería confirmado por el Tribunal Constitucional Federal –sentencia de 15 de febrero de 2006, BVerfGE, AZ 2 BvR 1476/0–; en este caso, incluso el Gobierno griego se negó a ejecutar la sentencia de su Tribunal Supremo, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tampoco admitió una demanda interpuesta ante él, al considerar que el Derecho internacional general otorga al Estado extranjero inmunidad de jurisdicción en este tipo de supuestos –decisión de inadmisibilidad del TEDH de 12 de diciembre de 2002 en el caso *Kalogeropoulou y otros c. Grecia y Alemania* (núm. 59021/00)–. Pero además, también el entonces Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas tuvo la oportunidad de pronunciarse en esta misma dirección ante una cuestión prejudicial formulada por un órgano judicial griego en un litigio de particulares griegos contra Alemania, al considerar las operaciones de las fuerzas armadas como una manifestación diáfana de poder público del Estado interesado, y no como materia civil o mercantil –sentencia del TJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. Dimosio tis Omospondiakis Dimokratias tis Germanias* (C-292/05), para. 36-38–. *Vid.* FERRER LLORET, J., *cit.*, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, n. 1, 2007, pp. 37-40; ANDRÉS SÁENZ DE SANTA MARÍA, P., “Reparaciones de guerra, actos *iure imperii* y Convenio de Bruselas. A propósito de la STJCE de 15 de febrero de 2007 en el asunto *Lechouritou y otros c. República Federal de Alemania*”, *La Ley*, año 28, n. 6746, 2007/3, pp. 1958-1962; y REQUEJO ISIDRO, M., “Las instituciones comunitarias ante las reclamaciones civiles por violaciones graves de los derechos humanos frente al Estado”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 59, n. 1, 2007, pp. 153-174. Por su parte, la Corte de Casación italiana rechazó una demanda de ciudadanos serbios contra Italia por crímenes de guerra durante el bombardeo de Serbia por la OTAN en 1999 por la cuestión de Kosovo –decisión de 5 de junio de 2002 en el caso del *Presidente del Consejo de Ministros v. Markovic*, n. 8157, en 128 ILR 652–, aunque sí

la posibilidad de deferir al Poder Ejecutivo –en particular a los órganos encargados de la política exterior– el esclarecimiento de los hechos relativos a las relaciones internacionales del Estado del foro o de otros Estados, determinación fáctica que sería aceptada como presunción *iuris tantum*, si bien la calificación jurídica de tales hechos debería quedar reservada en exclusiva a los órganos judiciales⁷⁹.

En efecto, la práctica muestra ejemplos claros de aceptación judicial de la posición gubernamental –por ejemplo en la lucha antiterrorista–: verbigracia, en el Reino Unido y en diversos miembros de la Commonwealth –junto a otros Estados europeos, como Francia e Italia⁸⁰–, subsiste una cooperación entre los tribunales y los gobiernos con respecto a los denominados “Hechos de Estado” que incluyan cuestiones sobre fronteras territoriales, estado de guerra, jurisdicción sobre espacios aéreos y marítimos, reconocimiento de Estados extranjeros y estatuto de personas con inmunidad diplomática o protección especial⁸¹. En estos casos, el certificado emitido por el Gobierno es considerado prueba fáctica determinante en un proceso judicial, a menos que se deje explícitamente a los jueces margen a su apreciación discrecional⁸².

Asimismo, en Estados Unidos su Presidente está facultado por la Enmienda *Hickenlooper* a solicitar a los tribunales de su país la aplicación de la doctrina del *Acto de Estado*, con el fin de impedir la revisión judicial de la licitud internacional de actos de expropiación realizados por Estados extranjeros, si tal deferencia judicial viene justificada por los intereses de la política exterior estadounidense. Igualmente, en otros Estados sus órganos judiciales se han auto-limitado en la revisión judicial de la terminación de tratados internacionales, particularmente por aplicación del cambio fundamental de circunstancias (*rebus*

aceptaría una demanda de nacionales italianos contra Alemania –sentencia de 11 de marzo de 2004 en el caso *Ferrini v. República Federal de Alemania*–.

⁷⁹ Véase la Resolución del Instituto de Derecho Internacional titulada *L'activité du juge interne et les relations internationales de l'Etat*, adoptada el 7 de septiembre de 1993 en su Sesión de Milán (art.7).

⁸⁰ Así, en Francia existía la práctica judicial de solicitar al Ministro de Asuntos Exteriores la interpretación de los tratados, lo que fue rechazado por el Consejo de Estado en su decisión de 29 de junio de 1990 en el caso *GISTI*, pero que sigue siendo utilizada por la Corte de Casación para numerosas clases de tratados internacionales. Y en Italia, su Ley 1263, de 15 de julio de 1926, concedía al Ministro de Justicia el poder de permitir o bloquear medidas de ejecución judicial contra la propiedad de un Estado extranjero, tras verificar que existía reciprocidad con ese país, poder que ha sido restringido por la sentencia n. 329 del Tribunal Constitucional italiano, de 2 de julio de 1992.

⁸¹ *Verbigracia*, en el caso *Regina v. Jones (Margaret) and Others (on Appeal from the Court of Appeal (Criminal Division))*, la sentencia del Comité de Apelación de la Cámara de los Lores de 29 de marzo de 2006 rechazó la alegación de que la decisión del gobierno británico de entrar en guerra con Iraq en 2003 fuera ilegal porque el crimen de agresión o contra la paz estuviera incluido en el tipo penal de “crimen” recogido en el artículo 3 de la *Criminal Law Act* de 1967; frente a esa apelación, el Alto Tribunal consideró que la ley británica citada tenía un alcance únicamente doméstico, y justificó no revisar judicialmente el ejercicio de los poderes gubernamentales relativos a asuntos exteriores ni el despliegue de los servicios armados resultantes de las relaciones entre Estados soberanos en el plano del Derecho internacional ([2006] UKHL 16, Lord Bingham, para. 30).

⁸² *Vid.* MANN, F. A., *Foreign Affairs in English Courts*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 23-62.

sic stantibus) o por incumplimiento por otro sujeto parte de una obligación derivada de ese tratado (*inadimplenti non est adimplendum*)⁸³.

Pero, a nuestro juicio, no puede justificarse que los órganos judiciales internos dependan tanto de su Gobierno en la aplicación del Derecho internacional, y es cuestionable el argumento de que los tribunales no deben ser fuente de molestias para la acción exterior gubernamental, puesto que los mecanismos descritos no existen en todos los Estados –tan sólo en algunos–, y además entre ellos varían en gran medida su fundamentación jurídica y sus modalidades de aplicación. Una posible solución a imitar podría extraerse del ámbito de los litigios comerciales, donde la práctica jurisprudencial norteamericana aplica las decisiones de los tribunales arbitrales internacionales de forma generalizada: pues bien, esta práctica podría extenderse también al resto de pleitos sobre las diversas cuestiones internacionales (no comerciales), como si se tratara de procesos judiciales ordinarios donde pudieran hacerse valer cualesquiera derechos recogidos en el orden internacional⁸⁴.

⁸³ Cfr. CONFORTI, B. y LABELLA, A., “Invalidity and Termination of Treaties: the Role of National Courts”, *European Journal of International Law*, vol. 1, 1990, pp. 44-46.

⁸⁴ *Vid.* FRANCK, Th. M. y FOX, G. H. (eds.), *International Law Decisions in National Courts*, Transnational Publishers, Nueva York, 1996, pp. 10-11.